X.

Beiträge zur Lehre vom Beweise durch Sachverständige.

Von Mittermaier.

§. 1.

Es ist eine bekannte Klage der Rechtsgelehrten und Richter, daß die Gesetze so lückenhaft die bei den Gerichtshöfen so häufig vorkommende Lehre vom Beweise durch Sachverständige behandelt, und daß auch die Rechtslehrer ihr nicht die verdiente Aufmerksamkeit geschenkt haben. Im römischen Processe scheinen die Sachverständigen oft als bloße arbitri zugezogen, oder als Zeugen behandelt worden zu seyn; allgemeine Grundsätze über die Beweisführung durch sie sucht man vergebens in den Gesetzen, in welchen zwar einzelne Arten angeführt werden, aber mehr in außergerichtlichen Geschäften, und nicht in Processen vorkommend [1]). Das canonische Recht erwähnt eben so der Sachverständigen [2]), jedoch ohne nähere Regeln über die Beweisführung zu liefern, und bei den geistlichen Gerichten des Mittelalters scheint kein gleichförmiger Gebrauch sich gebildet zu haben. Die älteren Commentatoren handeln davon kurz [3]) im Titel: de requisitione consilii, und sprechen da-

1) Man vergleiche die Stellen, auf die man sich bezog, tit. Dig. si mensor. fals. mod. dixerit. L. 1. D. de inspic. ventr. L. 3. Cod. fin. reg. L. 6. Cod. de secund. nupt. nov. 7. cap. 3.

2) C. 4. 14. X. de probat. C. 6. X. de frigid. et malefic. C. 8. X. de hom.

3) G. Durand specul. jur. (Francf. 1592.) tom. II. p. 405.

von, daß die Parteien schriftlich 10 oder 12 Sachverständige im Processe anzeigen sollten, aus welchen der Richter die beizuziehenden wählt, während nach einem andern Gebrauche die Parteien blos jene Sachverständigen der Gegend dem Richter anzeigten, welche sie recusiren wollten, worauf der Richter aus nicht verworfenen wählte [4]. In den Reichsgesetzen kommen keine Bestimmungen vor, in ziemlich allgemeinen Ausdrücken spricht zwar die peinliche Gerichtsordnung von den Wundärzten als von Zeugen [5], die Cammergerichtsordnung von 1555 [6]) bestimmt nur die Eidesformel für die beizuziehenden Sachverständigen. Von den älteren Rechtslehrern, und gerade auch von den Cameralisten, werden die kunstverständigen Richter, und ihre Aussprüche sententiae genannt [7]. In einigen älteren Processordnungen werden die Sachverständigen ausdrücklich Zeugen genannt [8] und als solche behandelt.

Erst neuere Rechtslehrer [9] und neuere Processordnun-

---

4) Mit Unrecht würde man auf die Schriftenvergleichung, als auf eine Art des Beweises durch Sachverständige, sich berufen; die Gesetze wissen nichts von einer solchen, durch Schreibkunstverständige veranstalteten Vergleichung im gewöhnlichen Sinne. s. Goldschmidt Abhandlungen aus dem Civilproc. nr. IX.

5) Art. 147. C. C. C.

6) I. Thl. §. 85.

7) Mynsinger obs. cameral. cent. VI. obs. 35. Berlich concl. 59. nr. 35. Mevius p. III. dec. 215.

8) Jus prov. Wurtemberg. p. I. tit. 51. Ord. jud. Goth. c. 10. §. 40.

9) Claproths ordentl. Proc. II. Thl. S. 380. Danz Grundf. des ord. Proc. §. 350. Grolman Theor. des ger. V. §. 84. Gönner Handb. des bürgerl. Proc. II. Bd. nr. 45. Martin Lehrb. des b. Pr. §. 123. u. 207. Schneider vollst. Lehre v. rechtl. Beweise. S. 102. 315. 438. Globig Vers. einer Theorie der Wahrscheinlichk. II. Thl. S. 204. Gensler im Archiv f. civil. Praxis. I. Bd. I. H. S. 40.

gen [10]) haben die Lehre einer umsichtigen und bessern Behandlung gewürdiget. Immer aber glaubte man, daß sich alles um die Frage drehe: ob Sachverständige als Zeugen, oder als Gehülfen des Richters behandelt werden dürften, und jeder Rechtslehrer, welcher einer oder der anderen Ansicht huldigte, glaubte alle einzelnen Fragen nach diesem angenommenen Principe entscheiden zu können, wobei man sich noch mit der Vorfrage quälte, ob Sachverständige als Beweismittel betrachtet werden dürften [11]). Dem Verfasser dieser Abhandlung scheint es aber, daß die ganze Lehre eine viel einfachere Ansicht gewinne, wenn man nur genauer die zwiefache Art, auf welche die Sachverständigen [12]) im Processe vorkommen, unterscheidet.

§. 2.

Betrachtet man die verschiedenen Fälle, in welchen man sich in gerichtlichen Streitigkeiten der Kunstverständigen bedient, so kommen A) Fälle vor, in welchen die Parteien gewisse Thatsachen behaupten, deren Beweis durch bloße sinnliche Wahrnehmung von Personen, die, ohne kunstmäßige Bildung, nur mit ihren gesunden Sinnen beobachten, nicht hergestellt werden muß, wenn der Richter entscheiden soll, da der erhobene Anspruch nur von der Wahrheit dieser relevanten Thatsache ab-

---

10) Preußische Gerichtsordnung Titel X. Abschn. VI. Oesterreich. Gerichtsordnung Cap. XVII. Novak der gerichtl. Beweis. S. 287. Code de procedure civile. titr. XIV. und darüber Merlin recueil alphab. de questions de droit tom. IV. voce: experts. Le practicien français t. II. p. 225. v. Dalwigk Handb. des franz. Civilproc. I. Bd. III. Abthl. S. 110.

11) Nach Gönner l. c. sind sie keine Beweismittel. s. dagegen Martin Lehrb. §. 207. not. m. Gensler im civ. Arch. S. 41.

12) Eine sonderbare Ansicht hat Globig l. c. S. 212. wenn er sagt: „die Entscheidung der Sachverständigen beruht auf nicht viel besseren Stützen, als die vormaligen Ordalien."

hängt, z. B. wenn jemand behauptet, daß das gekaufte Pferd lungenritzig sey, oder daß das novum opus Schaden bringe, oder wenn Ehescheidungsklage ob impotentiam erhoben, oder wegen behaupteter Geisteskrankheit einer Person ein Rechtsgeschäft umgestoßen werden soll. Die behauptende Partei ist in diesen Fällen zum Beweise dieser Thatsache verpflichtet, und der Richter muß durch sein Beweisinterlocut demjenigen, den die Beweislast trifft, den Beweis auf die nämliche Art auflegen, wie er den Beweis irgend einer andern Thatsache, die durch Urkunden oder Zeugen zu beweisen ist, auflegt; es kümmert dabei den Richter nicht, daß der Beweis der Thatsache durch die gewöhnlichen Beweismittel nicht zu führen ist; er verlangt einmal den vollständigen Beweis, wenn er dem Behauptenden seine Forderung zusprechen soll. Es ist hier Sache der beweispflichtigen Partei, sich um Beweise ihrer Behauptung umzusehen; da aber die Thatsache von der Art ist, daß über ihr Daseyn nur eine mit den zur Auffindung derselben nöthigen Kenntnissen versehene Person entscheiden kann (ein Sachverständiger), so muß die Partei an diesen sich eben so wenden, wie sie es in Fällen thut, in welchen sie zum Beweise leicht mit bloßen Sinnen erkennbarer Thatsachen sich auf Personen, die darüber aussagen können (auf Zeugen), beruft. In diesen Fällen sind die Sachverständigen unbezweifelt wahre Beweismittel, sie dienen dazu, die Wahrheit einer streitigen Thatsache, deren Beweis einer Partei im Gerichte obliegt, herzustellen; und sie erscheinen hier, wie Zeugen; sie bedienen sich, wie die Zeugen ihrer gesunden Sinne, ihrer kunstmäßig gewaffneten Sinne, um über das Daseyn der streitigen Thatsache, oder die Wahrheit der Behauptung zu entscheiden [13]). Wenn

---

13) Wenn darüber die Frage war, ob das Pferd braun war, so kann jeder Zeuge ein glaubwürdiges, blos auf seine Sinne gebautes, Zeugniß ablegen; ist nun die Frage, ob das Pferd lungenritzig war, so entscheidet der Pferdarzt eben so leicht über diesen Umstand, als der Zeuge über die Farbe. Beide sind die Mittel, die Wahrheit von zwei Thatsachen herzustellen.

man zwar auch die Verschiedenheiten der Kunstverständigen und der Zeugen [14]) nicht verkennt, so wird dadurch die Wahrheit des Satzes nicht erschüttert: daß in allen Fällen, in welchen eine beweispflichtige Partei den Richter von der Wahrheit einer zu ihrem aufgelegten Beweise gehörigen Thatsache überzeugen will, wenn die Thatsache nur durch Kunstkenntnisse herzustellen ist, die von der beweispflichtigen Partei hierzu gebrauchten Sachverständigen in Ansehung des Verfahrens eben so zu betrachten sind, als wenn die Partei durch Zeugen zu beweisen hätte. Nur dies will man durch die Behauptung, daß sachverständige Zeugen seyen, ausdrücken; an eine völlige Gleichstellung beider hat Niemand gedacht, und in diesem richtigen Sinne genommen, sind die Verschiedenheiten beider ohne Einfluß [15]).

B) Dagegen kommen andere Fälle im Processe vor, in welchen erst wenn es zur Urtheilsfällung kömmt, gewisse Fragen, die nur ein Sachverständiger beantworten kann, oder technische Meinungen für den Richter eine Bedeutung erhalten, so daß er ohne ihre richtige Kenntniß, und gleichsam ohne ihre Vorentscheidung ein umfassendes und sicheres Endurtheil nicht fällen kann; dies ist a) oft der Fall, wo im Laufe des Processes eine solche Frage gar nicht sich aufdringt, und wo erst durch die Beweisführung der Partei, z. B. wenn durch Urkunden bewiesen ist, die Frage sich ergiebt, was häufig beim Beweise durch alte Urkunden, und bei der Ahnenprobe vorkömmt, z. B. eine Partei producirt eine alte Urkunde, an welcher sich kein Siegel oder keine Unterschrift befindet, und es entsteht die Frage, ob, nach dem damaligen Gebrauche beurtheilt, die Urkunde als

---

14) Claproth Grundś. des ordentl. Proc. §. 333. Gönners Handb. des Proc. II. Bd. S. 443.

15) Zu weit ist es getrieben, wenn Schneider §. 186. jeden, der als Sachverständiger aufgefordert ist, verpflichtet, sein parere abzugeben, und ihn nur in den Fällen davon befreit, in welchen er auch als Zeuge sein Zeugniß verweigern dürfte.

Original und als vollbeweisend betrachtet werden könne. Hier bedarf es des Gutachtens eines mit der Diplomatik wohl vertrauten Mannes [16]. b) Auch bei dem durch Zeugen geführten Beweise können sich solche Fälle ergeben, z. B. wenn die Partei behauptete, daß der Testator zur Zeit der Testamentsverfertigung wahnsinnig gewesen sey und durch Zeugen verschiedene den Wahnsinn herstellende Umstände beweiset. Hier wird oft, wenn es zum Urtheile kömmt, die Frage wichtig: ob unter den durch die Zeugen erwiesenen Umständen oder den Verhältnissen der Krankheit noch eine vernünftige Handlungsweise denkbar sey? Selbst über scheinbare Nebenumstände, z. B. über die Möglichkeit gewisser Behauptungen können Fragen an Sachverständige nothwendig werden. c) Auf gleiche Art macht häufig der eingenommene richterliche Augenschein erst ähnliche Fragen, die nur von Technikern beantwortet werden können, aber beantwortet seyn müssen, wenn entschieden werden soll, wichtig, z. B. bei Mühlenstreitigkeiten, ob unter den erwiesenen Umständen die Legung des Fachbaums wirklich schädlich sey; eben so auch oft bei Bergwerksstreitigkeiten über das Recht der Vierung. 3) Endlich können selbst, wenn die Parteien schon durch Sachverständige bewiesen haben, dem Richter noch Fragen sich aufdringen, ohne die er nicht entscheiden kann; z. B. ob aus den von den Sachverständigen angegebenen Merkmalen und ihren Gründen wirklich impotentia folge, in welcher Art die erwiesene Geisteskrankheit Einfluß habe, oder z. B. Fragen über Früh- und Spätgeburten. In allen diesen Fällen bedarf es keines neuen Beweisinterlocuts an die Partei; es ist hier nicht mehr von der Wahrheit einer zum Beweissatze der behauptenden Partei gehörigen Thatsache die Rede, aber es ist eine Vor-

16) Ein ähnlicher Fall kömmt oft vor, wenn bei der Ahnenprobe durch alte Wappen jemand darthun will, daß ihm der Adel zustand; wenn es nun zum Urtheile kömmt, entscheidet die Vorfrage: ob das producirte Wappen nach den Regeln der Heraltik als ein adliches zu betrachten sey.

frage da, bei welcher es zwar nur auf Reflexion ankömmt, und die daher nicht mehr in das Gebiet der Beweisführung durch die Parteien, sondern in das Gebiet der richterlichen Thatigkeit gehört [17]. Es betrifft hier eines der Mittelglieder, durch welches der Richter zu seinem Endurtheile kömmt; strenge genommen ginge die Aufsuchung des Mittelsatzes auch nur den Richter an [18], aber der gewissenhafte Richter erkennt, daß seine rein juristischen Kenntnisse (daß der Richter auch noch Kenntnisse in andern Fächern habe, ist nur Nebensache und Zufall, auf den das Gesetz nicht rechnet) nicht zur sichern Beantwortung solcher Vorfragen hinreichen, und er adjungirt sich daher andere mit den nöthigen Kenntnissen versehene Personen, und fällt erst nach ihrem Vorausspruche sein Urtheil. In allen solchen Fällen, in welchen Sachverständige nur zum Zwecke richterlicher Aufklärung, der nöthigen Klarheit, und der Berichtigung einzelner zweifelhafter, zur Entscheidung gehörigen technischen Fragen nothwendig werden, sind sie Gehülfen des Richters, deren er sich bei dem Geschäfte der Entscheidung bedient; und störend wäre es, auch in solchen Fällen die Kunstverständigen als Zeugen zu betrachten [19]. Nur die Un-

17) Daß Sachverständige ex officio vom Richter zu jeder Zeit zur Infamation befragt werden dürfen, lehrten auch alle älteren Juristen. Berlich concl. p. I. concl. 47. nr. 3. Brunnemann proc. civ. c. 22. nr. 5. Berger elect. discept. tit. 28. obs. 1. nr. 3. Schorch ICt. Erford. sent. 39. nr. 8. et sent. 227.

18) Man bemerkt daher, daß oft in Gerichtshöfen in solchen Fällen, z. B. wenn über alte Urkunden oder Wappen, auch selbst über Früh= oder Spätgeburten, Streit entsteht, die Richter selbst nach einer oft sehr willkührlichen Ansicht die Vorfrage, z. B. durch Allegirung von Stellen aus Compendien rc. entschieden.

19) Man sieht leicht, daß man in diesen Fällen der zweiten Art auch gar nicht vom Beweise durch Sachverständige sprechen sollte.

tersuchung dieser zwei Fälle (A. B.) macht es leicht, die einzelnen schwierigen in dieser Lehre vorkommenden Controversen zu entscheiden, von welchen die Streitigkeit, ob die Sachverständigen auch innerhalb des peremtorischen Beweistermins zu vernehmen seyen, mit Anwendung dieser Distinction richtig von Gensler [20]) entschieden worden ist.

§. 3.

Schon die am häufigsten hier vorkommende Frage: wer die Sachverständigen in jedem Falle wähle? wird leicht darnach beantwortet. Nach der älteren Kammergerichtspraxis scheinen beide Parteien eine gewisse Zahl von Sachverständigen vorgeschlagen zu haben, aus welchen das Gericht dann wählte. Die spätere Praxis in den deutschen Territorien war sich nie gleich. Nach Einigen [21]) sollten die Sachverständigen vom Richter nur gewählt werden, wenn die Parteien nicht einig waren, während Andere [22]) dem Richter rathen, in jedem Falle, wenn jede der Parteien einen Kunstverständigen gewählt hat, einen dritten beizuziehen [23]). Betrachtet man die Sachverständigen unbedingt als Gehülfen des Richters, so sollten sie nur vom Richter ernannt werden [24]); aber die Verfechter dieser Meinung erkannten selbst die Unausführbarkeit der Ansicht, und forderten daher, daß jede Partei eine gleich große Zahl von Kunstverständigen ernenne, und daß der Richter eben so viel, als jeder Theil erwähle. Unterscheidet man aber genauer, so kann in den Fällen der ersten Art nur derjenige, welchem der Beweis

20) Gensler im Archive für civil. Praxis. I. Bd. I. Heft S. 39.

21) Gail observ. obs III. nr. 2. J. N. Fink de judicio perito. (Argentor. 1673.) pag. 15.

22) A. Fl. Rivinus de judic. peritor. p. 11.

23) Aus der Besorgniß des Irrthums will auch Globig Theor. d. Wahrscheinl. S. 207. immer drei Sachverständige.

24) Daher auch Gönner im Handbuch l. c. S. 439.

aufgeladen ist, auch die Sachverständigen benennen, eben so wie er in andern Fällen seine Zeugen benennt, denn er ist beweispflichtig, er muß daher seine Beweismittel dem Gerichte anzeigen. Schwieriger aber ist die Frage: ob auch der Product Sachverständige von seiner Seite benennen dürfe? Nach Gönner [25]) soll er dies nach dem im Processe oft unrichtig angewendeten, ohnehin nur halb wahren Grundsatze von der Gleichheit der Rechte beider Parteien dürfen; nach Martin [25]) soll der Product statt der Fragstücke das Recht haben, nach den Gesetzen [26]) Kunstverständige vor dem Productionstermine zu benennen. Allein wenn auch der Satz überhaupt richtig ist, so kann man doch den Gründen Martins nicht beistimmen. a) Die Analogie von den Fragstücken kann nichts entscheiden; denn durch die Interrogatorien nöthigte der Product den Zeugen, über die Umstände sich näher zu erklären, und erhält dadurch ein Mittel, zu prüfen, in wie ferne der Zeuge blos unterrichtet ist vom Gegner, oder die Wahrheit sage, vorzüglich aber dienen Interrogatorien, bei mehreren Zeugen schneller den Widerspruch zu entdecken, und die Zeugen zu zwingen, über Umstände auszusagen, in deren Widerspruche der bestochene Lügner sich am schnellsten zeigt.

b) Eben so wenig paßt die Gesetzesstelle; denn darin ist nicht von einem anhängigen Rechtsstreite, und von der Pflicht einer Partei, eine Thatsache zu beweisen, die Rede, sondern es handelt sich nur um eine Schätzung, die nach einem billigen Anschlage gemacht werden soll, um einem Streite auszuweichen, und deutlich ist nur von arbitris die Rede, die, wie es heißt, jeder Theil vorschlagen darf, was sich bei Schätzungen wohl leicht begreift, weil die Begünstigung der einen Partei, wenn nur ihr klug erwählter und von ihr instruirter Schätzmann allein entschiede, zu offenbar wäre.

---

25) l. c. S. 439.

25) Martins Lehrb. des bürgerl. Proc. §. 209.

26) Martin führt L. 6. Cod. de secund. nupt. an.

Einfacher müßte die Sache auf folgende Art erscheinen. Der Producent benennt, wie er sonst seine Zeugen benennt, auch seine Sachverständigen, um den ihm aufgelegten Beweis zu führen; so wie nun der Product auch Gegenbeweis durch Zeugen führen darf, so muß ihm auch der Gegenbeweis gegen den Beweis durch Sachverständige erlaubt seyn, und diesen führt er durch Sachverständige, welche er vorschlägt, und welche als Gegenbeweiszeugen zu betrachten sind; diese Gegenbeweis-sachverständigen sollten zwar erst vernommen werden wenn die ersten Sachverständigen ihre Aussage geliefert haben; allein nach dem Principe des Zeitersparens und da die Beobachtung den nämlichen Gegenstand betrifft, zieht man sie sogleich in dem nämlichen Termine bei, und läßt sie gemeinschaftlich beobachten. Es ist eine unrichtige Vorstellung, wenn man glaubt, daß diese Sachverständigen, welche beide Parteien erwählt haben, erst mit einander das corpus peritorum artis bilden, und sich einander ergänzend ihr Gutachten abgeben [27].

Eben so unrichtig ist es, wenn man dem Richter gestattet oder sogar befiehlt, auch nach dem gemeinen Rechte zu den von den Parteien benannten Sachverständigen eben so viel Sachverständige seiner Seits zu ernennen; theils enthält keine Stelle im gemeinen Rechte eine solche Bestimmung, selbst die bessere Praxis ist dagegen, und erlaubt erst da dem Richter, Sachverständige zu benennen, wenn ein Widerspruch da ist [28]. Es liegt diesem behaupteten Rechte des Richters eine falsche Vorstellung zum Grunde; denn man denkt sich dabei die Sachverständigen, welche jeder Theil vorschlägt, als parteiisch, indem man erwartet, daß jede Partei ein ihr gewogenes Subject benennen werde [29]; führt man aber diese Ansicht consequent

---

27) So sieht Schneider, Lehre vom Beweise, §. 183. die Sache an.

28) Martin Lehrbuch des bürgerl. Proc. §. 209. not. d.

29) Gönner in den Motiven zu dem Entwurfe eines Gesetzbuchs in bürgerl. Streitigk. S. 418.

durch, so müßte nur die Aussage des vom Richter benannten Sachverständigen, der allein unparteiisch wäre, als glaubwürdig betrachtet werden, und dann erschienen die übrigen Sachverständigen als überflüssige Personen, oder doch so, daß im Falle eines Dissenses nur die Aussage des vom Richter aufgestellten Kunstverständigen entschiede. Auch der andere oft angegebene Grund, daß es nothwendig sey, im Falle differenter Meinungen leichter eine entschiedene Majorität für eine Meinung zu erhalten, ist unzureichend, da er sich auf den Glauben stützt, daß nur die Stimmenmehrheit im Falle des Widerspruchs unbedingt entscheide, was aber, wie unten §. 7. zu zeigen seyn wird, unrichtig ist. Dies Recht des Richters, in allen Fällen einen dritten Sachverständigen seiner Seits beizuziehen, widerspricht selbst einer richtigen Ansicht von der Beweisführung der Parteien; Sachverständige sind, wie oben gezeigt, die Beweismittel, deren sich die beweispflichtige Partei bedient, und es ist kaum zu begreifen, wie man je dazu kommen kann, dem Richter das Recht zu geben, der Partei ein Beweismittel aufzudringen, und ihr zu gebieten, durch eine gewisse Person zu beweisen. Ganz auf andere Weise entscheidet sich die Frage: wer die Sachverständigen beiziehe in Fällen der zweiten Art. §. 2. B. In diesen kann kein Zweifel übrigen, daß nur der Richter sich seine Sachverständigen, seine Gehülfen benenne; in Fällen wichtiger Art, wenn es auf Fragen ankömmt, die in den Wirkungskreis der Staatsbehörden einschlagen, z. B. in ärztlichen Gegenständen, wird der Richter ohnehin die Aufschlüsse von dem angeordneten Collegio der Kunstverständigen einholen, in anderen Fällen wird man es ihm nicht verwehren können, irgend eine Person, die er für erfahren hält, z. B. einen berühmten Diplomatiker, um Aufschlüsse aufzufordern. Man würde hier auch mit Unrecht glauben, daß den Parteien dadurch ein Recht entzogen würde, wenn sie nicht die Sachverständigen wählen dürften, denn die Fälle selbst sind durchaus anderer Art, als die ersten; a) strenge betrachtet gehört die Erörterung der Vorfrage, wegen welcher die Sachverständigen aufgefordert werden,

blos in das Gebiet richterlicher Reflexion; es betrifft kein thatsächliches Verhältniß um dessen Beweis es sich frägt, sondern blos die Beurtheilung ist in Frage. Hier muß das Geschäft des Richters, welcher nach erwiesenen Thatsachen unter die Gesetze subsumirt, mit allen Operationen, um die zur endlichen Subsumtion nothwendigen Mittelsätze herzustellen, als ein Continuum gedacht, und alles auch nur dem Richter überlassen werden. Es ist blos ein Zusammenwerfen der verschiedenen Fälle, und der Glaube, daß immer von Beweisführung durch Sachverständige die Rede sey, so oft Sachverständige im Processe vernommen werden, wenn man unbedingt den Parteien das Recht, die Sachverständigen zu wählen, einräumt [30]. b) Die Parteien haben aber auch in diesen Fällen keinen Grund, zu befürchten, daß ein ihnen nachtheiliger Sachverständiger gewählt werde, da nicht der Producent ihn benennt, sondern der Richter es thut, und dadurch die Furcht, daß ein parteiischer Kunstverständiger beigezogen sey, wegfällt, um so mehr als für den Richter die Vermuthung der Unparteilichkeit spricht, und der Partei es möglich gewesen wäre, den Richter zu recusiren, wenn sie an der Unparteilichkeit zweifelte. c) Es erscheint sogar thöricht, wenn man den Parteien das Recht geben will, dem Richter seine Gehülfen zu bestimmen, und daß die Sachverständigen in den hier bezeichneten Fällen als solche anzusehen sind, unterliegt keinem Zweifel [31]. d) Eine Beschwerde

---

30) Betrachte man z. B. den Fall, wenn der Richter wegen des Siegels, der Urkunde, wegen des Wappens u. a. Zweifel hat, und Sachverständige befragt. Wo ist denn hier von einer Beweisführung die Frage: Wie oft müssen in technischen Gegenständen, z. B. in Bergwerksstreitigkeiten Gutachten wegen einer technischen Frage gefordert werden, wo Niemand daran denkt, durch die Parteien das zu befragende Collegium benennen zu lassen.

31) v. Gönner in den Motiven zum Entwurfe eines Gesetzbuchs S. 418. sagt selbst: wo öffentlich im voraus bestellte Experten da sind, fällt die Benennung der Sachverständigen durch die Parteien hinweg.

der Parteien über Parteilichkeit wird aber noch mehr vermieden, wenn, wie in solchen Fällen auch geschieht, den Parteien blos zur Nachricht eröffnet wird, daß man sich von Seiten des Gerichts veranlaßt gefunden habe, zur Einholung eines Gutachtens über die (zu bezeichnende) Frage die (namentlich anzugebenden) Sachverständigen aufzufordern [32]), wodurch den Parteien die Möglichkeit im Falle des Verdachts zu recusiren, eröffnet wird.

§. 4.

Was die Frage: in wie fern Sachverständige wegen Verdachts von den Parteien verworfen werden können, betrifft, so war hier die Praxis weniger als bei Zeugen strenge, indem man sich darauf berief, daß eine Partei leicht andere Kunstverständige, aber nicht leicht andere Zeugen aufbringen könne [33]). Auffallend unrichtig aber war es, wenn man [34]) über die Verdächtigkeit der Sachverständigen im Processe einen besondern Incidentstreit zuließ, und oft den Parteien erst noch auftrug, den vorgebrachten Verdachtsgrund zu bescheinigen. Unterscheidet man die zwei Hauptfälle (§. 2.), so kann A) in allen Fällen der ersten Art, wenn die Parteien durch Sachverständige beweisen, ihnen nicht verweigert werden, die vorgeschlagenen Sachverständigen nach den Gründen, welche die Zeugen untüchtig oder verdächtig machen, zu verwerfen, d. h. ihre Ein-

32) Es braucht auch dies nicht in allen Fällen zu geschehen; die Beurtheilung, wenn es nothwendig ist, muß dem Richter überlassen seyn.

33) Gönners Handb. d. Proc. II. Bd. S. 442.

34) Es ist dem Verf. ein Fall bekannt, wo eine Facultät, nachdem die Parteien über die Zulassung eines Sachverständigen, der als Handwerksmann für eine Partei öfter gearbeitet hatte, schon ein Jahr lang gestritten hatten, darauf interloquirte, daß der angegebene Verdachtsgrund binnen 14 Tagen bewiesen werden sollte.

wendungen dagegen dem Gerichte vorzulegen; ein Auftrag von Seiten des Gerichts, den Verdacht zu beweisen, ist aber unnöthig. Ergiebt sich aus den von der Partei vorgebrachten Gründen, daß der Sachverständige untüchtig ist, so wird er, wie man einen Zeugen nicht zuläßt, nicht zum Augenscheine zugelassen, sondern der Partei aufgetragen, einen andern vorzuschlagen. Zeigt sich aber aus dem vorgebrachten Grunde, daß er nur als verdächtig zu betrachten sey, so läßt man ihn zum Beweise wie einen verdächtigen Zeugen zu, und der Richter prüft erst am Ende bei der Würdigung der Beweise, die Glaubwürdigkeit der Sachverständigen und den Einfluß des Verdachtsgrundes. Man behauptet zwar [35]), daß ein verdächtiger Sachverständiger gar nicht vernommen, sondern sogleich verworfen werden sollte; der Grund dieser Behauptung liegt in der Anwendung der Grundsätze von der Recusation eines Richters, und ist irrig; man kann aber auch die Behauptung nicht billigen, da a) sonst ein zu langer Incidentstreit zu besorgen wäre, indem jede Partei in der Regel den Sachverständigen der Gegenpartei als verdächtig erklärt, und bei jedem neuen Vorschlage die Behauptung wiederholt, so daß ein beständiger Streit der Parteien über ihre wechselseitig vorgeschlagenen Kunstverständigen vorauszusehen, und zuletzt zu besorgen wäre, daß man z. B. in einer kleinen Stadt, wo man der Sachverständigen nicht so viele hat, keine Sachverständige mehr fände. b) Auch die richtige Analogie vom Zeugenbeweise spricht dagegen.

B) In allen Fällen der zweiten Art, in welchen der Richter sich die Sachverständigen als Gehülfen zuzieht, kann man das Recht der Parteien, die Sachverständigen zu verwerfen, nur nach den Grundsätzen der Recusation der Gerichtspersonen zulassen, und hier mag man behaupten, daß ein auch nur als

---

35) Gönner in den Motiven zum Gesetzb. S. 415. findet darin auch einen Grund der Verschiedenheit der Zeugen und der Sachverständigen.

verdächtig recusirter Sachverständiger vom Richter verworfen werden müsse.

§. 5.

Das Verfahren bei Anwendung von Sachverständigen im Processe wird leicht nach dem oben gemachten Unterschiede der zwei Hauptfälle (§. 2.) bestimmt. A) In allen Fällen, in welchen Sachverständige nicht als Beweismittel von den Parteien gebraucht, sondern von dem Richter adjungirt werden (§. 2. B.), besteht das Verfahren blos in einer Aufforderung der Sachverständigen von Seiten des Richters; a) gewöhnlich werden ihnen dann die Fragen, welche das Gericht beantwortet wissen will, bestimmt vorgeschrieben, b) und es ist nicht zu bezweifeln, daß z. B. einem medicinischen Collegium, die Acten selbst nach Ermessen des Richters sogleich Anfangs oder auf Verlangen mitgetheilt werden dürfen. c) Eine Nachricht an die Parteien von der richterlichen Verfügung ist zweckmäßig, auch schon wegen der möglichen Recusation. d) Den Parteien aber kann das Einreichen von Artikeln, das Aufstellen von Fragen und Antworten nicht zukommen. e) Ist zur Abgabe des neuen Gutachtens eine Beobachtung der Sachverständigen nothwendig, z. B. bei Mühlenstreitigkeiten, so müssen die Parteien hierzu vorgeladen werden, weil sie den Gegenstand richtiger bezeichnen, oder einige oft von Sachverständigen verlangte Aufklärungen geben können; f) der Termin ist aber rein monitorisch, und das Ausbleiben der Parteien hindert den Augenschein nicht; g) kömmt es aber nur auf Beurtheilung an, so ist eine Vorladung der Parteien ohnehin überflüssig.

B) Wenn dagegen eine Partei sich der Sachverständigen als Beweismittel (§. 2. A) bedient, entscheidet die Analogie des Verfahrens bei dem Zeugenbeweise. a) Der Producent reicht intra terminum peremtorium Artikel ein, in welchen er auf die Punkte, über die der Sachverständige aussagen soll, aufmerksam macht, und wodurch er gleichsam wie durch die Artikel bei Zeugen, der nöthigen richterlichen Direction bei

dem Augenscheine eine Richtung giebt: b) zugleich schlägt er die beizuziehenden Sachverständigen vor, c) die Schrift, in welcher dies enthalten ist, wird dem Producten mitgetheilt und zwar α) zu Einwendungen gegen die Artikel — wenn er ihre Irrelevanz darthun will; β) zu Einwendungen gegen die vorgeschlagenen Sachverständigen und γ) zur Angabe seiner eigenen Sachverständigen. d) Zugleich hat der Product das Recht, analogisch dem Rechte der Fragestückestellung, Punkte anzugeben, auf welche er noch die Sachverständigen aufmerksam gemacht haben will. e) Ist ein Augenschein nothwendig und alles vorbereitet, so werden die Sachverständigen und die Parteien zu der Vornahme eingeladen, f) die Sachverständigen werden gehörig beeidiget [36]), und zwar in allen Fällen und ohne Ausnahme [37]). g) Bei der Beobachtung muß man in der Regel, wenn die Natur des Gegenstandes es nicht anders fordert [38]), die Parteien gegenwärtig seyn lassen [39]), was oft wegen Sicherstellung der Identität des zu beobachtenden Gegenstandes, oder einzelner Aufklärungen selbst nothwendig ist; daher h) den Parteien auch unverwehrt seyn muß, ihre eigenen Wahrnehmungen anzugeben, und die Richter und die Sachver-

36) Man streitet, ob ihr Eid bloßes juramentum credulitatis sey. Fink de judic. peritor. in arte. p. 20. Mynsinger cent. 6. obs. 34. nr. 11.

37) Die Analogie des Zeugenbeweises fordert, daß man z. B. den angestellten Arzt eben sowohl beeidige.

38) Schneider Lehre v. Bew. §. 571. Gönner in den Motiven S. 421. z. B. wenn eine Frauensperson wegen der Schwangerschaft oder Niederkunft untersucht werden soll.

39) Ueber die Nothwendigkeit der Gegenwart beider Parteien streiten F. Pacianus de probat. l. I. c. 47. nr. 124. Rulant. de comissar. p. I. lib. 45. cap. 4. Wernher obs. for. t. I. pr. IV. obs. 234. Boehmer decis. et respons. t. II. p. II. dec. 1070. Hert. de inspect. occular. §. 36. Mayer diss. de singul. probat. per inspect. occular. p. 49.

ständigen darauf aufmerksam zu machen. i) Am richtigsten werden die Sachverständigen aufgefordert, ihre Beobachtungen, und zwar jeder einzeln, zu Protocoll zu geben, auch in einzelnen weniger wichtigen Fällen müssen sie ihre Meinungen sogleich angeben, wenn nicht ein reiferes Nachdenken erfordert wird. k) Zweckmäßiger wäre es auch, wenn man in Fällen, in denen Gutachten nöthig sind, nicht von allen Sachverständigen ein gemeinschaftliches Gutachten, sondern von jedem abgesondert verlangt; man verwechselt, wenn man das Gegentheil behauptet, diesen Fall mit den Fällen, in welchen der Richter zu seiner Information Sachverständige befragt; auch würde durch abgesonderte Gutachten viel eher die Wahrheit entdeckt und die Consequenz des Zeugenverfahrens mehr gerettet werden.

§. 6.

In Ansehung der viel bestrittenen Frage [40]: in wie ferne die Gutachten der Sachverständigen vor der richterlichen Entscheidung immer den Parteien zur Anfechtung oder zu Deductionen mitgetheilt werden müssen, muß der bekannte Unterschied der zwei Hauptfälle angewendet werden. A) In Fällen, in welchen die Parteien Beweis durch Sachverständige führten, müssen ihnen die Gutachten eben so wohl, als die Aussagen der Zeugen mitgetheilt werden, und zwar mit Bestimmung eines peremtorischen Termins zur Abgabe ihrer Schlußschriften darüber. Die eingereichten Schriften werden analogisch, wie bei dem Zeugenbeweise, abgefaßt, und sind theils Salvation des geführten Beweises, theils Impugnation von Seiten des Gegners. Beide Schriften sind wechselsweise zur Nachricht mitzutheilen [41].

B) In allen Fällen dagegen, in welchen der Richter

40) Aeltere Literatur bei Hert. de insp. occular. §. 40. Mevius decis. p. III. dec. 215.

41) Gönners Entw. eines Gesetzb. Buch II. Cap. V. §. 4. nr. 7.

Sachverständige als Gehülfen (§. 2. B) beizieht, ist eine Mittheilung der Gutachten an die Parteien nicht nöthig. a) Man verwechselt auch hier, wenn man das Gegentheil behauptet [42]), die verschiedenen Fälle, und denkt sich mit Unrecht den Fall, von welchem hier die Rede ist, als eine Beweisführung der Parteien; ein Beweis aber wird, wenn der Richter Sachverständige wählt [43]), gar nicht geführt, und der Grund, daß die Parteien ihre Beweisführung salviren und impugniren dürfen, fällt daher weg. b) Erwägt man, daß in diesen Fällen es nur auf Beurtheilung, Meinungen und wissenschaftliche Ansichten der Sachverständigen ankömmt, so sieht man bald, daß die Parteien nichts anzufechten haben; wie sie es bei geführtem Beweise und bei thatsächlichen Verhältnissen können; sie müßten sonst selbst Sachverständige seyn, um rein technische Urtheile einer Prüfung unterwerfen zu können. c) Gestattet man ihnen daher die Anfechtung, so ist die Folge, daß die Partei an irgend einen willkührlich irgendwo aufgehaschten Sachverständigen sich wendet, und von ihm die sogenannte Anfechtungsschrift arbeiten läßt, woraus der Richter eben so wenig Vortheil ziebt, als die Partei, deren Rechte auf keine Art dadurch mehr gewahrt werden können, als sie es schon waren; d) es führt daher die Mittheilung nur zu einem zeitraubenden und proceßverzögernden überflüssigen Verfahren; e) sollten aber auch die vom Richter einmal befragten Sachverständigen eine nicht ganz richtige Ansicht aufgestellt und dadurch den Richter irregeführt haben, so hat die Partei, welche durch das Urtheil oder dessen Entscheidungsgründe die Ansicht der Sachverständigen erfährt, den einfachen Weg, in der Appellation den Irrthum zu rügen, und bei dem

42) Ohne Unterschied fordert zwar Gönner im Handbuche S. 445. diese Mittheilung.

43) Sehr häufig geschieht dieß erste in der 2ten und 3ten Instanz, wenn die Sache gründlicher erwogen wird.

höhern Richter auf die Beiziehung anderer Sachverständigen anzutragen. f) Unrichtig aber ist es, wenn man sich auf das römische Recht [44]) beruft, welches die Anfechtung solcher Gutachten gestatte; denn alle angeführten Stellen reden nur von der reductio ad arbitrium boni viri, was sich nur auf das von den Sachverständigen gänzlich verschiedene Institut des Arbitrators bezieht.

§. 7.

Eine Hauptfrage ist endlich noch die: in wie ferne der Richter an das Gutachten der Sachverständigen gebunden ist, und wie er sich im Falle des Widerspruchs mehrerer Kunstverständigen zu benehmen habe? Ein großer Theil der älteren Rechtsgelehrten [45]) betrachtete die Sachverständigen als Richter und ihr Gutachten, wenn die Parteien dasselbe nicht anfechten, als rechtskräftige Entscheidungen, und verwechselte das Gutachten mit dem richterlichen Urtheile, welches sich darauf stützt. Die Behauptung anderer Juristen [46]), daß der Richter im Zweifel immer der wahrscheinlichsten Meinung folgen müsse, ist in ihrer Allgemeinheit eben so unrichtig, als die in neuerer Zeit gewöhnlich angenommene Ansicht [47]) unrichtig ist, nach welcher die Stimmenmehrheit [48]) bei den Sachverständigen

44) Gönner im Handbuche des Proc. S. 445. beruft sich auf L. 76—80. D. pro socio. L. 30. D. de operis libert.

45) f. J. H. Boehmer jus eccl. Protest. lib. II. tit. XXVII. §. XIX. et seq. Berlich concl. 59. nr. 35. u. a. f. gut bei bei Globig Theor. d. Wahrscheinl. S. 215.

46) Cramer Wetzlar. Nebenst. Thl. VI S. 36. f. auch Hert. de insp. occul. §. 42. Danz ord. Proc. S. 468.

47) Vorzüglich vertheidigt von Gönner im Handbuche l. c. S. 454. f. auch Grolmann Theorie des ger. Verf. S. 151.

48) Einen Mittelweg geht Claproth ord. Proc. S. 402. er läßt nur dann Majorität gelten, wenn die Sachverständigen keine Gründe angegeben haben, wenn aber Gründe angegeben sind,

entscheiden soll; denn a) die für diese Meinung angeführte Stelle [49]) paßt nicht hierher, da sie α) nicht davon redet, daß die drei Sachverständigen im Widerspruche waren, sondern blos sagt, daß es genug sey, wenn auch nur zwei gleicher Meinung sind, da β) die Stelle nur von solchen Sachverständigen redet, die der Richter ernannt hat, nicht aber von den von den Parteien ernannten spricht; da γ) die ganze Stelle singular ist, keine Ausdehnung leidet, um so weniger, als die Stelle nicht von einer definitiven Entscheidung, sondern nur von provisorischen Verfügungen handelt, bei welchen man wohl eher, um einen vorläufigen Ruhepunkt zu haben, sich begnügen muß, wenn nur die Mehrheit der Sachverständigen die Anwendung der Verfügung rechtfertigt.

b) Auch die Analogie vom arbiter [50]) entscheidet nicht, da durch die Uebereinkunft der Parteien die arbitri in ein dem Richtercollegium gleiches Collegium vereinigt sind, und bei diesen wohl kein anderes Auskunftsmittel, als die Mehrheit der Stimmen, seyn kann [51]). c) Unwahr ist auch die Voraussetzung, daß die Sachverständigen immer von drei Subjecten, von dem Richter und den Parteien ernannt werden (§. 3.) und daß durch diese Zusammensetzung eine moralische Einheit entstehe, da in den Gesetzen auch keine Spur, die eine solche Ansicht rechtfertigte, vorkömmt. d) Noch weniger hat man ein Recht, eine willkührlich von den Parteien zur Beweisführung verbundene Zahl von Sachverständigen als ein Collegium zu betrachten, und an den Vorrechten eines [52]) Collegii Theil

---

so soll die Meinung gewählt werden, welche die bündigsten Gründe für sich hat.

49) L. 1. pr. D. de inspic. ventr.

50) Man beruft sich auf L. 17. §. ult. L. 27. D. de arbitr.

51) Glück Comment. VI. Bd. S. 80. Goldschmidt Abhandl. aus d. bürgerl Proc. S. 136.

52) Wie Schneider Lehre v. Beweise S. 480. dies thut.

nehmen zu lassen, da kein Gesetz darauf führt, und da nicht einmal der Begriff eines Collegii anwendbar ist.

Nicht zu billigen ist es auch, wenn man bei den Sachverständigen die Analogie des Instanzenzuges anwendet [53]), daher dreimalige Gutachten der Kunstverständigen gleichsam als drei Instanzen für die Beurtheilung der Thatsache zuläßt, und bei dem geringsten Zweifel sogleich neue Sachverständige beizieht [54]), denn a) nicht blos entsteht dadurch eine unnöthige Processverzögerung, da die Parteien, so oft sie es dürfen, auch das ihnen nicht günstige Gutachten verwerfen werden, b) sondern man wendet auf eine unbegreifliche Art die Instanzordnung [55]) ohne alle Gesetze auf die als Beweismittel dienende Sachverständige an, c) bringt dadurch eine Art von Rechtsmittel ohne Gesetz in den Proceß, und hat d) dafür keinen Rechtfertigungsgrund, daß man gerade das letzte Gutachten, weil es das letzte ist, für das richtigste hält [56]). Wendet man wieder den Unterschied der zwei Hauptfälle an (§. 2.), so entscheidet A) in allen Fällen, wenn die Parteien durch Sachverständige aufgelegten Beweis führen, kein Collegialverhältniß, sondern blos die Analogie des Zeugenbeweises, der Richter prüft die Aussagen der Sachverständigen nach den Regeln, welche bei dem Widerspruche der Zeugen entscheiden, er sieht auf die Glaubwürdigkeit der verschiedenen Sachverständigen, auf die innere Wahrscheinlichkeit, auf die Einwendungen, die die Parteien machten, auf die übrigen Beweise, welche ergänzen, und besonders auf die Gründe, ihren Zusammenhang, Vollständigkeit und Ueberzeugungskraft [57]). Dabei kann es

53) Wie Gönner Handb. S. 449. dies thut.

54) Mit Recht dagegen Martin Lehrb. §. 211. not. p.

55) Gegen Gönners Ansicht darüber S. 448. mit Recht v. Dalwigk Handb. des franz. Civilproc. S. 125. in not.

56) Schneider Lehre v. Beweise. S. 486.

57) Mit Recht haben daher die älteren Juristen die Frage aufgeworfen, welchen Werth Gutachten ohne Gründe haben. Nach

dem Richter nicht verwehrt seyn, wenn er erhebliche Mängel im Gutachten findet, und die Beobachtung oder die Beurtheilung lückenhaft scheint, andere Sachverständige zu befragen. B) Wenn dagegen der Richter Sachverständige zu seiner Information (in Fällen B. §. 2.) beigezogen hat, wird er, sobald er von einem förmlichen Collegium, z. B. einer Medicinalbehörde, ein Gutachten erhält, dies respectiren müssen, auch wenn es nur nach Stimmenmehrheit gefällt ist; so wird man in diesen Fällen mehr berechtiget, seine Stimmenmehrheit gelten zu lassen, da die Sachverständigen als Gehülfen des Richters erscheinen und im Falle, wenn sie wirklich zur Sitzung beigezogen worden wären, der Richter doch nach demjenigen Ausspruche sich hätte richten müssen, über welchen sich die Mehrheit der Sachverständigen vereiniget haben würde, wobei jedoch nicht zu läugnen ist, daß der Richter, wenn er bedeutende Lücken im Gutachten findet, jedes Mittel anwenden dürfe, um sich eine noch fehlende Aufklärung zu verschaffen.

---

einigen gilt das Gutachten, wenn der Richter den Sachverständigen nicht namentlich Gründe abgefordert hat, z. B. nach Mascard concl. 1175. nr. 15. Farinacius de test. tit. VII. qu. 70. nr. 102. während Andere Pacian de probat. L. I. c. 47. nr. 62. 157. Rulant de comiss. p. I. lib. IV. c. 11. einem Gutachten ohne Gründe gar nicht glauben. Gewiß ist es, daß ohne Gründe eine Prüfung dem Richter schwer möglich ist, obwohl man, streng genommen, Richtigkeit nicht behaupten darf, wenn Gründe fehlen. Sehr gut sagt Puffendorf obs. for. t. II. obs. 105. „peritus non est judicis loco, sed consilio debet judicem instruere.“